

II. PRACE DROBNE I MATERIAŁY

Agnieszka Kania-Chramęga (Zielona Góra)

Ius publicum a ius privatum – między kontradycją a koherencją?

WPROWADZENIE

Znany od czasów antycznych podział prawa, odróżniający *ius publicum* od *ius privatum*¹, stanowi najstarszy metodologicznie sposób uporządkowania klasycznego myślenia o prawie². Stąd też zasadnie określa się go mianem *summa divisio* całego systemu prawa³. Wiekopomne słowa: „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”, głoszące, że prawem publicznym jest prawo, które dotyczy państwa rzymskiego, zaś prawem prywatnym jest prawo,

¹ W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 55; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Clark, NJ 2004, s. 532; E. Szymoszek, I. Zeber, *Rzymskie prawo prywatne*, Wrocław 1998, s. 17; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 22; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 34; W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europeizacji kultury prawnej*, Warszawa 2009, s. 41–42.

² Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przełomowa dla definitywnego rozdziału między prawem publicznym a prywatnym była epoka Oświecenia. Wówczas zaproponowanej przez Ulpiana dychotomii nadano wymaganą filozoficzną podbudowę oraz uczyniono podstawą porządku prawnego doby konstytucjonalizmu. K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973, s. 28; J. Helios, *Prawo prywatne Unii Europejskiej ze stanowiska teorii prawa*, Łódź 2014, s. 30; J. Helios, W. Jedlecka, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa dla ekonomistów*, Wrocław 2015, s. 18. Zob. także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30.09.2015 r., I OSK 2093/14, LEX nr 1839074.

³ T. Chauvin, *Homo iuridicus. Człowiek jako podmiot prawa publicznego*, Warszawa 2014, s. 91.

które służy interesom jednostek, przypisuje się rzymskiemu juryście Ulpianowi⁴, choć – o czym warto wspomnieć – podobna idea nie była obca innym starożytnym filozofom, np. Arystotelesowi czy Demostenesowi⁵. Z zaproponowanego wówczas podziału prawa wynikało, że:

Do zakresu prawa publicznego należały normy dotyczące organizacji ludu rzymskiego w postaci państwa. Pozostałe normy ustanowione w interesie obywateli tworzyły prawo prywatne. Linia podziału przebiegała tu zatem między płynącą z danej normy korzyścią na rzecz państwa jako całości z jednej strony, oraz na rzecz jednostek wchodzących w jego skład, z drugiej strony⁶.

Zasygnalizowana wyżej rzymska dystynkcja między *ius publicum* a *ius privatum* ma zarazem ponadczasowe i trwałe miejsce w historii myśli prawniczej⁷. O uniwersalności tego podziału⁸ świadczą zresztą aktualne definicje prawa prywatnego, w których nadal akcentuje się znaczenie interesu jednostki, rolę zasady autonomii woli, równość stron oraz brak jednostronnego władztwa państwowego⁹.

⁴ R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 15; J. Zajadło, *Teoria i filozofia prawa* [w:] J. Zajadło (red.), *Łacińska terminologia prawnicza*, Warszawa 2009, s. 51.

⁵ Arystoteles, *Retoryka-Poetyka*, tłum. H. Podbielski, Warszawa 1988, s. 129–130; L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. II, Warszawa 1960, s. 503; P. Rybicki, *Arystoteles. Początki i podstawy nauki o społeczeństwie*, Wrocław 1963, s. 140 i n. W piśmiennictwie wyrażono przy tym wątpliwości, czy zasadnie traktuje się Ulpiana jako autora przytoczonych słów. Zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 8–9; M. Wilejczyk, *Prawo prywatne w systemie Hegłowskiej filozofii prawa*, Wrocław 2011, s. 40–42.

⁶ W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu z wyborem źródeł*, Poznań 2006, s. 25.

⁷ Na temat ideologicznie zabarwionego kwestionowania zasadności tego podziału zob. m.in. S. Włodyka, *Problem struktury prawa*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 4, s. 4.

⁸ Trafnie więc zauważa J. Zajadło: „Nawet jeśli uznać, że współczesne stosunki społeczne są znacznie bardziej złożone i że linia graniczna pomiędzy sferą publiczną a prywatną nie jest już tak wyraźna, to istota podziału na prawo publiczne i prywatne pozostaje w gruncie rzeczy taka sama, jak w cytowanej [...] paremii Ulpiana”. Zob. J. Zajadło, *Teoria i filozofia...*, s. 51. Zainteresowanie tym rozróżnieniem wynika zaś przede wszystkim z inspiracji idei liberalnej, indywidualistycznej, które zrodziły nie tylko potrzebę odrębnej regulacji sfery prywatnej, lecz także konieczność wyznaczenia granic władzy państwowej w zakresie dopuszczalnej ingerencji w prawa i wolności jednostki. Zob. też A. Jamróz, *Wprowadzenie do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 65–66. Jak wskazuje autor, renesans zainteresowań zasadnością podziału na prawo publiczne i prawo prywatne przypadł na drugą połowę XIX w. Ożywione dyskusje w tym zakresie zainicjował niemiecki pozytywizm prawniczy, który stał się podwaliną dla późniejszych koncepcji państwa prawnego.

⁹ S. Kaźmierczyk, *Prawo prywatne* [w:] A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2012, s. 186; zob. też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29.04.2003 r., SK 24/02, OTK-A 2003, nr 4, poz. 33; Z. Radwański, *Pojęcie prawa cywilnego w świetle kodeksu cywilnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)* [w:] A. Smoczyńska (red.), *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 31–33; M. Safjan, *Pojęcie i funkcje zasad prawa prywatnego* [w:] A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska (red.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa*

Podobną tendencję dostrzega się we współczesnych definicjach prawa publicznego, w których nawiązując do klasycznego ujęcia tego terminu, eksponuje się przy objaśnianiu jego istoty m.in. pozycję interesu publicznego (państwowego), znaczenie naczelnych zasad kształtujących subordynacyjne stosunki prawne (tj. zasadę podległości kompetencji, nadrzędności podmiotów prawnych)¹⁰ czy możliwość zastosowania przymusu państwowego w celu realizacji nałożonych obowiązków¹¹.

IUS PUBLICUM A IUS PRIVATUM – ZASADNOŚĆ PODZIAŁU?

Racjonalność dokonania podziału na *ius publicum* i *ius privatum* znalazła dopełnienie w wypracowanych na przestrzeni lat koncepcjach (zwłaszcza w teorii fiskusa, teorii interesu, teorii podmiotowej oraz teorii podporządkowania)¹², które

dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu, Warszawa 2007, s. 7. Jak dodaje A. Bierć: „Współczesne prawo prywatne jako »refleks« zmieniających się warunków funkcjonowania społeczeństwa zachowuje jednak swój europejski »kod genetyczny«, gdy w postmodernistycznych czasach poszukuje – w drodze sprawiedliwości – punktu równowagi regulacyjnej między liberalizmem (ochrona autonomii jednostki) a paternalizmem (silniejszą ochrona słabszych uczestników obrotu prawnego), bezpieczeństwem obrotu prawnego a efektywnością ekonomiczną, aby ograniczyć niesprawiedliwość prawa”. Zob. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 40.

¹⁰ S. Kaźmierczyk, *Prawo prywatne*, s. 187.

¹¹ A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Warszawa 2006, s. 31–32.

¹² Wymieniana na pierwszym miejscu teoria fiskusa zakłada, że stosunki mające za przedmiot majątek należą do prawa prywatnego. Teoria interesu bazuje zaś na wskazaniu, że interes publiczny jest powiązany z prawem publicznym, natomiast potrzeba ochrony interesu prywatnego wiąże się integralnie z prawem prywatnym. Zob. W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków, s. 50 i wyrażone tam uwagi. Warto nadmienić, iż niekiedy zamiast kryterium „interesu” proponowano w literaturze inne, bliskie mu w istocie kryteria, nawiązujące do „korzyści”, „pożytku” bądź „dobra”. Zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, s. 97. Z kolei teoria podmiotowa za właściwe prawu publicznemu traktuje przypadki, w których stroną stosunku prawnego pozostaje organ reprezentujący państwo (w ocenie J. Nowackiego tego rodzaju kryterium, odróżniające prawo publiczne od prywatnego, jest stosowane w zależności od tego, „[...] co dany autor ocenia jako publiczne bądź prywatne, i jest kwestią zaaprobowania przezeń określonej aksjologii, określonej ideologii społeczno-politycznej, a nie kwestią poznania” – ibidem, s. 84). Natomiast w świetle teorii podporządkowania przyjmuje się, że o ile cecha władczości determinuje istotę regulacji publicznoprawnych, o tyle zasada równości stron znamionuje rozwiązania właściwe dla sfery prywatnoprawnej; również to kryterium spotkało się z krytyczną oceną w piśmiennictwie; w literaturze stwierdzono, że nie daje ono „[...] żadnych podstaw do stwierdzenia czegoś więcej ponad to, że w pewnych stosunkach prawnych podmioty (strony) są nierównorzędne, a w innych – równorzędne” – ibidem; por. J. Mucha, *Interes publiczny w procesie cywilnym*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 1, s. 54–55. Warto przy tym nadmienić, że oprócz powyższej egzemplifikacji w doktrynie prezentowane są inne teorie, utwierdzające w słuszności zachowania niniejszego podziału. Przykładowo można wspomnieć o teorii funkcjonalnej, akcentującej specyficzny przedmiot regulacji w dziedzinie prawa publicznego i prywatnego (Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa – Poznań 1983, s. 118) czy teorii formalnej, odwołującej się do odmiennych form nawiązania stosunku prawnego we wspomnianych dziedzinach (J. Łętowski, *Administracja, prawo, orzecznictwo*, Warszawa

dowodzą istniejących pomiędzy nimi różnic¹³. Z wysuwaniem w świetle wymienionych teorii postulatem, iż wspomniane rozgraniczenie¹⁴ ma wręcz fundamentalny charakter, a jego obecność jest podyktowana samą naturą prawa, starano się wykazać, że pojęcia prawa publicznego i prywatnego:

[...] poprzedzają wszelkie doświadczenie prawne i z góry domagają się mocy obowiązującej dla wszelkiego doświadczenia prawnego. Są to – jak podnoszono – pojęcia prawne aprioryczne w tym sensie, że w stosunku do każdego zdania prawnego można sensownie postawić pytanie i wymagać na nie odpowiedzi, czy należy do prawa publicznego, czy prywatnego. Podział ten można również wywieść z samej idei prawa, ponieważ jeśli sprawiedliwość jest albo rozdzielcza, albo wyrównawcza, to znaczy, że dotyczy ludzi równych albo pozostających w stosunku nadrzędności, to już sama sprawiedliwość wskazuje na swoje podłoże, czyli na prawo publiczne i prywatne¹⁵.

Dopełnieniem tej przeciwstawności, podkreślającej jednocześnie swoistą odrębność prawa publicznego i prawa prywatnego, jest stwierdzenie, iż wspomniane dziedziny nie tylko stworzyły dwa kompleksy przepisów prawnych¹⁶, lecz także sprzyjały kształtowaniu się odrębnych konstrukcji legislacyjnych, znamienych dla regulacji publiczno- lub prywatnoprawnych. Nie można też pominąć tego, że niektóre rozwiązania normatywne, wyznaczające pewne obowiązki, wyrażają w ten sposób określone nakazy lub zakazy postępowania. W tego rodzaju przypadkach można więc dostrzec element zwierzchności, inaczej mówiąc: podległości kom-

– Wrocław 1985, s. 123; idem, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 20–21). Do powyższych teorii nawiązywał też – zaproponowany przez M. Duvergera – podział prawa na publiczne i prywatne, bazujący na potrzebie rozróżnienia statusu rządzących i rządzonych. Według tego autora prawo publiczne dotyczy rządzących, natomiast prawo prywatne rządzonych. Do tak ogólnej charakterystyki dodaje on kryteria uzupełniające: kryterium organiczne, nakazujące badać status danej osoby (czy jest osobą rządzącą, czy rządzoną); kryterium materialne, odnoszące się do interesu chronionego przez daną normę; kryterium formalne, akcentujące przymusową bądź opartą na swobodnej woli formę danego stosunku prawnego. Zob. M. Duverger, *Éléments de droit public*, Paris 1988, s. 18–19.

¹³ Z uwagi na nieostrość tych kryteriów w piśmiennictwie wskazuje się, że w istocie trudno jest uznać którekolwiek z nich za właściwe. Zob. S. Włodyka, *Problem struktury...*, s. 11.

¹⁴ Warto wspomnieć, że słowa Ulpiana zyskały różne interpretacje. Zgodnie przyjmowano jednak, że podział ten nie prowadził do radykalnego rozdzielenia całego prawa. Przeczyła temu zwłaszcza propagowana ówczesnie kazuistyka, której obce było stosowanie generalnych rozgraniczeń pojęciowych. M. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1968, s. 13–14; A. Gysin, *Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts*, Frankfurt am Main 1969, s. 215; M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, s. 197.

¹⁵ G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, tłum. C. Znamierowski, Kraków 1938, s. 178 i n.

¹⁶ G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie. Księga II i III*, tłum. M. Balsigierowa, M. Przedborski, Warszawa 1924, s. 243; por. F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, Berlin 1840, s. 23; S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 1.

petencyjnej. Inne z kolei regulacje nie wkraczają bezpośrednio w życie społeczne, porzeczając na wyznaczeniu sfery czynów niezakazanych lub wyraźnie dozwolonych. Te ostatnie konstrukcje legislacyjne znamionuje więc typowa dla regulacji prywatnoprawnej równorzędna pozycja adresatów¹⁷. Rozróżnienie między prawem publicznym a prawem prywatnym uzasadnia też sam charakter właściwych im przepisów. Uważa się bowiem, że o ile przepisy *iuris cogentis* stanowią domenę prawa publicznego, o tyle przepisy *iuris dispositivi* są znamienne dla regulacji prywatnoprawnych¹⁸. Przekonując o odmienności przepisów zaliczanych do kategorii prawa publicznego lub prywatnego, zwraca się także uwagę, iż wzgląd na tę dychotomię ma istotne znaczenie dla ich prawidłowej wykładni¹⁹ oraz możliwości dokonania oceny poziomu demokracji w konkretnym porządku prawnym. Jeśli chodzi o kwestię proporcji między prawem publicznym a prawem prywatnym²⁰, trudno nie zauważyć, że przewaga rozwiązań prywatnoprawnych w danym systemie prawnym świadczy o tym, iż jest on bardziej demokratyczny, skoro właśnie w ten sposób umocniona zostaje pozycja jednostki, przy jednoczesnym ograniczeniu sfery działania władzy publicznej²¹. Z ustaleń tych wynikałoby, że omawiane rozgraniczenie wymusza przede wszystkim kryterium pojęcia oraz rozdziału kompetencji²², jak również specyfika publiczno- i prywatnoprawnej metody normowania²³. Nie bez znaczenia dla tego podziału pozostaje też funkcja sterująca, która w wysokim stopniu dotyczy przepisów z zakresu prawa publicznego²⁴.

Mimo że zaprezentowany wyżej model, oparty na dualizmie prawa publicznego i prawa prywatnego, wydaje się głęboko zakorzeniony²⁵ i bliski cywilizacji łacińskiej²⁶, warto wspomnieć także o odmiennych poglądach, w tym o stanowi-

¹⁷ J. Romul, *Wstęp do teorii państwa i prawa (zarys wykładów)*, Poznań 1999, s. 50–51.

¹⁸ Krytycznie na temat tego podziału wypowiedział się J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, s. 90.

¹⁹ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 111–113; K. Opalek, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 180–194.

²⁰ W. Szurgot, *Prawo jako fundament cywilizacji łacińskiej w myśli Feliksa Koniecznego*, Krzeszowice 2007, s. 53–59.

²¹ A. Jamróz, *Wprowadzenie...*, s. 73.

²² Ibidem, s. 62.

²³ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, s. 119–120 oraz wyrażone w tym zakresie wątpliwości autora.

²⁴ H.M. Pawłowski, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg 1999, s. 311–313.

²⁵ J. Łętowski, *W sprawie granicy między prawem publicznym a prywatnym* [w:] B. Koradiwicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątkowskiego*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 354; P. Ryłski, *Ochrona interesu publicznego w postępowaniu cywilnym – przyczyny, przejawy, skuteczność* [w:] T. Giaro (red.), *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Warszawa 2013, s. 70–71.

²⁶ Warto nadmienić, że w historii cywilizacji nie brakowało systemów prawnych opartych wyłącznie na monizmie prawa prywatnego, jak również tych opartych na monizmie prawa publicznego. Monizm prawa prywatnego był bliski trzem wielkim cywilizacjom (turyńskiej, arabskiej i chińskiej), których struktura społeczna bazowała na ustroju rodowym. System oparty na monizmie

skach kwestionujących trafność dychotomii sfery publiczno- i prywatnoprawnej²⁷. Reprezentatywna w tej materii jest nie tylko anglosaska koncepcja porządku prawnego, sprzeciwiająca się – w istocie systemowo – jego dualizmowi²⁸, lecz także pojedyncze, a przy tym znacznie mniej rozbudowane teorie. Odrzucając w świetle tych ostatnich polisemiczny charakter prawa, w argumentacji zwraca się uwagę m.in. na względy natury metodologicznej²⁹ oraz pryncypialne założenia o wyrażnie ideologicznej proveniencji. Akcentując w ten sposób uniwersalizm prawny, przekonuje się – niemal apriorycznie – o wyłącznie publicznoprawnym charakterze całego prawa³⁰. Arbitralny wydźwięk takich twierdzeń dopełnia towarzyszący mu nierzadko sceptycyzm, podważający *in genere* możliwość wyróżnienia miarodaj-

prawa prywatnego prowadzi jednak do wykształcenia prawa publicznego, powodując, że władca (rozporządzając państwem swobodnie według własnej woli) uzyskuje władzę nieograniczoną. Z kolei monizm prawa publicznego wykształcił się w cywilizacji bizantyjskiej. W tym systemie prawo publiczne reguluje nie tylko kwestie związane z administracją państwową, lecz także prawa i wolności jednostki wobec państwa. Zmarginalizowanie roli prawa prywatnego tłumaczy się przy tym w dwojaki sposób: po pierwsze, wynika ono z zakładanej troski o interesy społeczeństwa, po drugie, z (propagandowo głoszonej) potrzeby wzmocnienia pozycji państwa, zwłaszcza na arenie międzynarodowej. Omnipotentne państwo wykorzystuje więc apriorycznie prawo, a przy tym nie zezwala na powstanie niezależnych od niego struktur społecznych (samorządowych, politycznych, zawodowych). Okazuje się jednak, że również ten model systemu otwiera pole do nadużyć, a rządzący zyskują nadmierne kompetencje. Zob. J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2013, nr 92, s. 13.

²⁷ C. Harlow, „Public” and „Private” Law: definition without distinction, „Modern Law Review” 1980, nr 3; J. McEldowney, *Public Law*, London 1994, s. 187; M. Taggart, *The Peculiarities of the English: Resisting the public/Private Law Distinction* [w:] P. Craig, R. Rawlings (red.), *Law and Administration in Europe*, Oxford 2003, s. 107–121.

²⁸ M. Rogacka-Rzewnicka, *O wątpliwej przynależności współczesnego prawa karnego (procesu karnego) do prawa publicznego. Analiza systemowo-historyczna* [w:] J. Kasiński i in. (red.), *Artes serviunt vitae, sapientia imperat. Proces karny sensu largo – rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzcyka z okazji 70. urodzin*, Warszawa 2019, s. 80.

²⁹ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, Warszawa 2014, s. 403–408. Autor ten jednocześnie zwrócił uwagę na ideologiczny aspekt dualizmu prawa publicznego i prywatnego.

³⁰ Rozważany podział na prawo publiczne i prawo prywatne stracił swoją doniosłość w okresie średniowiecza. Warto bowiem wspomnieć, że w rękach władcy feudalnego pozostawała nie tylko sfera sądenia i karnia podległej mu ludności, lecz także własność prywatna oraz możliwość swobodnego rozporządzania nią. Podział na prawo publiczne i prawo prywatne zakwestionowano również w państwach totalitarnych. W hitlerowskich Niemczech powoływano się np. na „germańską ideę jedności prawa”. Podziału tego nie aprobowano także w ustroju socjalistycznym, uzasadniając to przekonaniem o publicznoprawnym wymiarze całego prawa. Pewne zmiany w tym względzie przyniósł dopiero okres kapitalizmu, w którym ustrój opierał się na własności prywatnej oraz gwarancjach poszanowania autonomii jednostki. Zob. A. Wyszynski, *Zagadnienia teorii państwa i prawa*, Warszawa 1952, s. 139; K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, s. 185–205; J. Kowalski, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1973, s. 244–245; S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia...*, s. 112; J. Zajadło, *Teoria i filozofia...*, s. 16.

nego kryterium, pozwalającego na wyodrębnienie odpowiednio prawa publicznego i prawa prywatnego³¹.

Odrzucając ostatni z przywołanych poglądów, a tym samym uznając merytoryczne powody aprobaty podziału na prawo publiczne i prawo prywatne, można się jednak zastanawiać, czy współczesne analizy w przedmiotowej materii powinny koncentrować się na poszukiwaniu nowych lub ponownym uzasadnianiu/doskonaleniu dotychczasowych kryteriów, pozwalających na wyznaczenie granicy między sferą prawa publicznego a sferą prawa prywatnego³², czy też bardziej konstruktywne byłoby dostrzeżenie innego problemu, w postaci – ogólnie ujmując – przenikania się wspomnianych działów prawa. W przeświadczeniu o sygnalizowanej tu *sui generis* infiltracji utwierdza zaś to, że próba oddzielenia *ius publicum* od *ius privatum*, wprawdzie atrakcyjna myślowo, w istocie nie znalazła (i być może nie znajdzie) swego (wszak pożądanego) pełnego urzeczywistnienia³³. Przyjmując zatem, że prawa publicznego i prywatnego „nie dzieli przepaść”³⁴, nie bez powodu coraz częściej zwraca się uwagę zarówno na publicyzację prawa prywatnego³⁵, jak i na

³¹ W ramach tej argumentacji podnoszono: „Walory »publiczny« i »prywatny« nie są elementami czy cechami przepisów prawa (stosunków prawnych, norm, obowiązków, uprawnień, zachowań, rozstrzyganych spraw itd.), odkrywanych w tychże przepisach, lecz są im przypisywane według określonych założeń całkowicie zewnętrznych w stosunku do prawa”. Ponadto zwracano uwagę, że orzecznikom „publiczny” i „prywatny” „[...] nie przysługuje walor empirycznej sprawdzalności. Nie przysługuje im logiczna wartość prawdy i fałszu, nie są one wypowiedziami prawdziwie lub fałszywie orzekającymi cokolwiek o danym obiekcie [...] Walory »publiczny« i »prywatny« są przypisywane określonym zjawiskom, a nie w nich odkrywane; nie istnieje niezależne od danego podmiotu, empirycznie sprawdzalne kryterium pozwalające na odróżnianie tego, co publiczne, od tego, co prywatne”. Poza tym dowodzono: „Jedynie od aksjologicznie zdeterminowanych postaw zależy, czy całemu prawu przypisuje się walor »publiczne« – jak czynią jedni, czy też pewnej jego części – jak czynią inni – przypisuje się walor »prywatne«. Sprowadza się to do żywienia określonych przekonań ideologicznych i znajduje swój najjaskrawszy wyraz w głoszonych przeciwstawnych koncepcjach ideologicznych”. Zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, s. 106–108. W ramach przedstawianych poglądów wskazywano też, że stosowane dotąd kryteria nie pozwalają na wyodrębnienie, według logicznej i w pełni rozłącznej klasyfikacji, zespołów przepisów, które należałyby do sfery publicznej i sfery prywatnej. Zob. Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, s. 119.

³² R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 6–7.

³³ J. Łętowski, *W sprawie granicy...*, s. 361.

³⁴ J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, s. 115–116 i przywołana tam literatura.

³⁵ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1936, s. 237; S. Rundstein, *W poszukiwaniu prawa cywilnego*, Warszawa – Kraków 1939, s. 101. W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że wkraczanie regulacji publicznoprawnych na pole zastrzeżone dla instrumentów prawa prywatnego ma współcześnie charakter swoistego suplementu do tych rozwiązań. Zakładany w ten sposób komplementarny wydzźwięk tego rodzaju rozwiązań miałby zaś oznaczać, że celem wskazanych tendencji nie jest eliminacja metody prywatnoprawnej i próba jej zastąpienia przez regulację publicznoprawną. Taka komplementarność zmierzałaby do rozbudowania (bez naruszania istoty) konstrukcji prawa prywatnego oraz zmodyfikowania niektórych rozwiązań prawa prywatnego w celu przystosowania ich do współczesnych uwarunkowań rynkowych. M. Safjan [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. I: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 49–52;

prywatyzację prawa publicznego³⁶. To zaś nie pozwala już na ostre wyznaczenie granicy między prawem publicznym a prawem prywatnym³⁷ ani na uznanie ich dominacji/podległości³⁸. Nie bez racji wskazuje się więc, że wobec złożoności życia społecznego w ustawodawstwach wielu państw pewną prawidłowością stała się obecność regulacji (instytucji) normatywnych o charakterze eklektycznym, wyraźnie spajających elementy publiczno-prywatne. Powyższe stwierdzenie sprawia, że sztywne, pryncypialne zaliczanie niektórych instytucji do dziedziny publiczno- lub prywatnoprawnej pozostawałoby zatem w znacznej mierze utrudnione, a ewentualne zabiegi w tym zakresie nabierałyby jedynie *stricte* konwencjonalnego (a przy

A. Żurawik, *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 5, s. 32–41. Autor ten trafnie zauważa, iż publicyzacja prawa prywatnego nie stanowi nowego zjawiska. Pozostaje ona jednocześnie nie tylko problemem prawnym, ale także zagadnieniem z zakresu filozofii politycznej. „Problem publicyzacji prawa prywatnego jest tylko jednym z efektów działań władzy, mających charakter prawno-ustrojowy; stanowi jednak papieriek lakmusowy, za pomocą którego można stwierdzić, jak daleko władza stara się wkraczać w sferę prywatną (wolnościową) obywateli. Z tego względu proces ten wymaga kontrolowania, a szczególna rola przypada tu Trybunałowi Konstytucyjnemu”. Zob. A. Żurawik, *Problem publicyzacji...*, s. 41; por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 418; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 52–54. Jak zauważa autor, granicę publicyzacji prawa prywatnego wytycza w sposób ogólny konstytucyjna zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), chroniąca jednostkę przed „[...] nadmierną ingerencją władz publicznych i nieograniczonym rozprzestrzenianiem się publicznej metody regulacji”. Zdaniem L. Morawskiego współcześnie obserwuje się tendencję publicyzacji prawa prywatnego, która nie ominęła nawet tradycyjnego „bastionu” prawa prywatnego, którym jest prawo cywilne. Zasadniczymi czynnikami sprzyjającymi publicyzacji prawa są: rozrost funkcji współczesnych państw, rozwój nowych technologii i technik oraz powstanie reżimów o charakterze totalitarnym. Zob. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2011, s. 80.

³⁶ A. Jurkowska, *O „prywatyzacji” prawa wspólnotowego i jej skutkach*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 12.

³⁷ H. Rot, *Problem dychotomii prawa publicznego i prywatnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1976, nr VII, s. 17–18.

³⁸ Z. Duniewska [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*, Warszawa 2015, s. 159; J.S. Langrod, *Instytucje prawa publicznego. Zarys części ogólnej (reprint)*, Kraków 2003, s. 55, gdzie autor stwierdził: „[...] tradycyjny dualizm: prawo publiczne – prawo prywatne – to trudny problem teorii prawa, który komplikują, w jeszcze większym stopniu, elementy extra-jurydyczne, jakie się weń wprowadzać zwykło. Idzie tu o przejaw procesu różniczkowania się prawa, dzielenia go na charakterystyczne rodzaje, ujmowania na różnych płaszczyznach z rozmaitych punktów widzenia. Podział ten jest równie dawny, jak odwieczne usiłowania teoretyków prawa znalezienia dlań jednolitego, prawniczo uchwytne kryterium. Tradycyjnie w użyciu jest klasyczna koncepcja Ulpiana wysuwająca moment zróżniczkowania interesów, a więc nie dająca kryterium prawniczego, skoro wprowadza ekonomiczny pierwiastek wartości. Niekończące się poszukiwania tego kryterium, czy to w dziedzinie sytuacji faktycznych, czy też w dziedzinie stosowanego przymusu, jako baz rozróżnienia – nie są zdolne doprowadzić do naukowo zadowolających rezultatów”.

tym uwarunkowanego tradycją badawczą i dydaktyczną) wydzwięku³⁹. Oczywistość niniejszej prawidłowości nie eliminuje jednak potencjalnych dążeń do sprecyzowania charakteru oraz określenia przynależności gałęziowej prawnie zróżnicowanych instytucji. Odmawianie im bowiem mieszanego charakteru prawnego (czego wszak nie można wykluczyć) skutkuje próbami swoistego wartościowania i dowodzenia prymatu publiczno- bądź prywatnoprawnych elementów danego rozwiązania.

WNIOSKI KOŃCOWE

Potrzeba wypracowania uporządkowanego sposobu myślenia o prawie potwierdza, że znany już od czasów starożytnych podział na prawo publiczne i prawo prywatne okazał się, niezależnie od zgłaszanych uwag, doniosły nie tylko teoretycznie, ale także praktycznie. Przeprowadzone analizy dowodzą również, że podziału tego można dokonać według różnych, blaknących jednak z czasem, kryteriów⁴⁰. Co więcej, wydaje się, że ich wybór nie przynosi *de facto* spodziewanego rezultatu (nie sposób bowiem wyróżnić przedmiotów klasyfikacji, które byłyby względem siebie logicznie wyczerpujące, oparte na jednej podstawie podziału – *fundamentum divisionis* oraz rozłączne⁴¹). Trudno zresztą nie zauważyć, że w następstwie takiej klasyfikacji wyekstrahowano by nie tylko „rdzenne” przepisy publiczno- i prywatnoprawne, lecz także bliżej niedookreślone ich zespoły⁴².

³⁹ J. Łętowski, *W sprawie granicy...*, s. 361.

⁴⁰ Jak zaznacza przy tym J. Helios, tradycyjne kryteria podziału na prawo publiczne i prawo prywatne są szczególnie nieadekwatne na gruncie prawa europejskiego. Autorka podkreśla jednocześnie, że w systemie anglosaskim „unika” się wręcz prostego podziału na prawo publiczne i prawo prywatne. Zob. J. Helios, *Podział publiczne/prywatne w prawie Unii Europejskiej* [w:] U. Kalina-Prasznik (red.), *Stare dogmaty – nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, Warszawa 2013, s. 275, 286–287; por. A. Gkoutzinis, *Free movement of services in the EC Treaty and the law of contractual obligations relating to banking and financial services*, „Common Market Law Review” 2004, nr 41, s. 167–168. Jak wskazuje z kolei A. Jamróz, współcześnie konkurują ze sobą dwie koncepcje wyodrębnienia prawa prywatnego i prawa publicznego – teoria interesów i teoria podmiotów. Zob. A. Jamróz, *Wprowadzenie...*, s. 65–66; por. B. Starck, H. Rolland, L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris 1996, s. 84–86. W innym ujęciu podkreśla się, że do obecnych kryteriów podziału należą: kryterium podmiotowe, kryterium przedmiotowe i kryterium sposobu dochodzenia roszczeń. Zob. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia...*, s. 105–106; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, s. 79.

⁴¹ J. Petzel [w:] A. Malinowski (red.), *Logika dla prawników*, Warszawa 2002, s. 83.

⁴² Wobec tego należałoby się zastanowić, czy bardziej adekwatny – przynajmniej *prima facie* – nie jest podział oparty na metodzie typizacyjnej, która z góry przyjmuje założenie o jego nieostrości i niemożności przeprowadzenia niniejszych rozgraniczeń w sposób wyczerpujący oraz rozłączny (S. Włodyka, *Problem struktury...*, s. 12–13; B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, t. XVII, s. 5 i n.; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 215 i n.; F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*, Wien – New York 1982, s. 543 i n.). Zasygnalizowany tu podział typologiczny opierałby się na dwóch warunkach: stwierdzeniu niepustości całości dzielonej oraz rozłączności egzemplarzy wzorcowych, które stanowią podstawę wyodrębnienia poszczególnych

Warto również zaakcentować obecność pewnych „obszarów granicznych” w obrębie prawa publicznego i prawa prywatnego (powstałych w następstwie swoistego sprzężenia/wpływu obu tych działów prawa na siebie⁴³). Dostrzeżenie tej prawidłowości oznacza, że w ramach jednej gałęzi prawa znajdują się regulacje skupiające rozwiązania publiczno- oraz prywatnoprawne⁴⁴, co skłania do konstatacji, że granica między prawem publicznym a prawem prywatnym pozostaje dialektycznie otwarta⁴⁵, a przy tym ulega nieuchronnym przeobrażeniom⁴⁶. Linia demarkacyjna oddzielająca prawo publiczne od prawa prywatnego pozostaje więc ruchoma, pozwalając jednocześnie zaobserwować procesy prywatyzacji prawa publicznego i publicyzacji prawa prywatnego⁴⁷. Klasyczny, sztywny podział na prawo publiczne i prawo prywatne ulega zatem stopniowemu zatarciu⁴⁸, tracąc charakter zasadniczego przeciwstawienia⁴⁹. Dostrzegając to zjawisko, trudno oprzeć się wrażeniu,

członów typologii (J. Petzel [w:] A. Malinowski (red.), *Logika...*, s. 89–90). W przekonaniu niektórych autorów komentowany podział typologiczny uzupełnia warunek adekwatności podziału – zob. w szczególności T. Chodkowski i in., *Elementy logiki prawniczej. Definicje podziały i typy argumentacji*, Warszawa – Poznań 2000, s. 81–82. Zastosowanie tej metody ocenia się jednak niekiedy jako problematyczne. Próba zaliczenia danej gałęzi prawa do sfery publiczno- lub prywatnoprawnej natrafia bowiem na poważniejsze przeszkody, wynikające przede wszystkim z tego, że podział prawa na te gałęzie opiera się na innych zasadach niż podział na prawo publiczne i prawo prywatne (K. Opałek, *Problemy metodologiczne...*, s. 181). Wobec tych wątpliwości nasuwa się pytanie, czy bardziej trafne nie jest w istocie zredefiniowanie tradycyjnych ujęć i podziałów prawa, skoro na wielu z nich spoczywa ciężar nieadekwatności. Zob. K. Zeidler, *Prawo publiczne a prawo prywatne w relacji do sporu pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem*, „Prawo i Więź” 2014, nr 1, s. 55.

⁴³ S. Włodyka, *Problem struktury...*, s. 11–12. W piśmiennictwie zwraca się uwagę na znaczenie wzajemnych relacji między interesem publicznym a interesem prywatnym, w tym na postulat ich godzenia. Zob. J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego...*, s. 22–23.

⁴⁴ J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego...*, s. 18–19. Warto również przypomnieć słowa M. Smółki, która dostrzegając tendencje do zacierania sztywnej granicy między prawem karnym i prawem cywilnym (na przykładzie instytucji nawiązki), uznała, że w ten sposób dochodzi także do zacierania się różnicy między prawem publicznym a prawem prywatnym. Zob. M. Smółka, *Pojęcie i rodzaje sankcji prawnej* (niepublikowana praca doktorska), Lublin 1974, s. 181.

⁴⁵ P. Dybel, S. Wróbel, *Granice polityczności*, Warszawa 2008, s. 438.

⁴⁶ H. Rot, *Problem dychotomii...*, s. 17.

⁴⁷ Przykładowo, M. Zirk-Sadowski zwracał uwagę na wypieranie stosunków cywilnoprawnych przez stosunki administracyjnoprawne, twierdząc, że jest to zjawisko powszechne we wszystkich systemach prawnych. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 67; zob. też: W. Chrzanowski, *Wolność jednostki a prawo*, „Palestra” 2009, nr 11–12, s. 15–16. Uwagi na temat „cywilizacji” prawa administracyjnego: K. Chochołowski, *Kryzys prawa administracyjnego w administracji publicznej – rzeczywistość czy fikcja* [w:] A. Doliwa, S. Prutis (red.), *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*, t. III, Warszawa 2012, s. 59–66; M. Szyrski, *W sprawie zjawiska przenikania się prawa administracyjnego i prawa cywilnego w nowoczesnym państwie prawa* [w:] ibidem, s. 306.

⁴⁸ K. Zeidler, *Prawo publiczne...*, s. 54.

⁴⁹ T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 213; M. Rogacka-Rzewnicka, *Kulturowe i cywilizacyjne przeobrażenia*

że przenikanie się niektórych elementów publicznych i prywatnych nie stanowi jeszcze zagrożenia dla porządku prawnego, a zwłaszcza dla sfery ochrony praw jednostki. Stąd też – wobec wskazanych interakcji międzygałęziowych – można by postawić pytanie, czy bardziej konstruktywnym przedsięwzięciem nie byłoby skoncentrowanie się na poszukiwaniu nie tyle różnic, ile podobieństw między prawem publicznym a prawem prywatnym?⁵⁰

*IUS PUBLICUM AND IUS PRIVATUM –
BETWEEN THE CONTRADICTION AND THE COHERENCE?*

Abstract

The purpose of the present article is to draw attention to the methodologically oldest method of organizing the classical way of thinking about law. However, the ancient distinction between *ius publicum* and *ius privatum* requires considering whether the indicated dichotomy is still justified in the modern world. As a result of observations of the phenomena of privatization of public law and of publicization of private law, it seems that the division into public law and private law is in fact becoming gradually blurred and, above all, it loses its nature of fundamental opposition. Considering the interactions presented here, one should not consider focusing on the differences to be the more constructive approach but rather searching for the similarities between public law and private law.

Keywords: privatisation of public law, publicisation of private law, *ius publicum*, *ius privatum*

procesu karnego. Perspektywa historyczna i współczesna [w:] M. Filar, J. Utrat-Milecki (red.), *Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej*, Warszawa 2014, s. 286–287.

⁵⁰ J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego...*, s. 24.